Zur Lehre von der Inhaber-Grundschuld.

Inaugural-Dissertation

zur

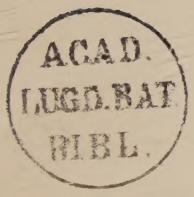
Erlangung der juristischen Doktorwürde

an der Universität Tübingen

von

Wilhelm Thiesing

Gerichtsassessor



Berlin 1911.

Druck von Emil Streisand, Berlin S.W., Alte Jacobstr. 120

Genehmigt auf Antrag des Referenten Prof. Dr. v. **Wendt**
am 8. Dezember 1910.

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Literaturverzeichnis.

Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung. 1901

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Das Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1901. 3. Aufl.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II 1902, Bd. III 1905.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. II 1, 1909, 4. Aufl. Bd. III 1908, 4. Aufl.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1904. 1. und 2. Aufl.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I 1903, 9. Aufl. Bd. II 1905, 8/9. Aufl.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. I 1908, Bd. II 1901.

Förster, Handbuch des formellen Grundbuchrechtes. 1900.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. I 1902, Bd. II 1908.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I 1903 2. Aufl.

Güthe, Die Grundbuchordnung. Bd. I und II 1905.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge 1900 2. Aufl.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (zweite Lesung) Mannheim 1895.

Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches. 1901.

Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht. Bd. I. 1902.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 12/13. Aufl. 1903.

Maenner, Sachenrecht. 1906 2. Aufl.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 1910 5. Aufl.

Müller, Vergleichende Darstellung der Lehre von den Schuldverschreibungen auf den Inhaber und den Grundschuldbriefen auf den Inhaber. Rostocker Inaugural-Dissertation.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. I, Bd. II 1909.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Das Recht der Schuldverhältnisse. 1910.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1905 Bd. I 7. Aufl.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. II 1907, Bd. III 1906.

Predari, Die Grundbuchordnung. 1907.

Puntschart, Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechtes. 1900.

Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. 1./2. Aufl. 1901.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. IIb. 3./4. Aufl. 1908, Bd. III 5./6. Aufl. 1910.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. II. Bd. 1., 2. Abteilung, bearbeitet von H. O. Lehmann, Berlin 1896—1898.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. Bd. I 1902, Bd. II 1906.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Geschichte.
§ 2. Rechtliche Natur der Grundschuld.
§ 3 u. 4. Entstehung.
§ 5. Schadensersatzansprüche des Inhabers gegen den Eigentümer.
§ 6. Schadensersatzansprüche des Inhabers gegen den Fiskus.
§ 7. Strafbarkeit des Grundbuchrichters nach § 145a R.St.G.B.
§ 8. Einwendungen.
§ 9. Aufhebung, Verzicht, beschädigte, verunstaltete, abhanden gekommene, vernichtete Papiere, Ausschluss, Verjährung, Umwandlung in Namenpapiere.
§ 10. Treuhänder.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552715_0044

Einleitung.

§ 1.

Geschichte.

Die Grundschuld als eine selbständige, von einem zu Grunde liegenden obligatorischen Schuldverhältnis unabhängige Grundstücksbelastung hat zuerst in Mecklenburg in der revidierten Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. Oktober 1848 ihre gesetzliche Regelung erfahren; die Angabe der Causa debendi war kein unbedingtes Erfordernis zur Entstehung der Grundstücksbelastung (Puntschart: S. 4 ff.).

Das preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 führte neben der gewöhnlichen Hypothek, welche mit Angabe des Schuldgrundes und unter Vorlegung der Schuldurkunde bewilligt wurde, diese mecklenburgische Gestalt der Hypothek unter dem Namen Grundschuld ein. (Stobbe-Lehmann, Bd. II S. 173).

Nach dem § 122 E. E. G. mußte über eine solche Grundschuld ein Brief ausgestellt werden; nach dem § 55 konnte der Brief durch Blankozession übertragen werden. Ferner hatte der berechtigte Inhaber das Recht, die Blankoabtretung durch einen Namen auszufüllen, mit dem Namen eines Dritten oder auch

ohne solche Ausfüllung die Grundschuld weiter zu übertragen und die dingliche Klage zu erheben. Schließlich konnten, wenn mit der Bestellung der Grundschuld Zinsen versprochen waren, „Zinsquittungsscheine" direkt auf den Inhaber ausgestellt werden. Diese Zinsquittungsscheine gab das Grundbuchamt mit dem Grundschuldbrief auf Antrag zur Einziehung der Zinsen aus.

Bei der Beratung zum Bürgerlichen Gesetzbuch wurden die darauf abzielenden Anträge, die Blankoabtretung der Grundschuld nach dem Vorbilde des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes für das Bürgerliche Gesetzbuch zuzulassen, mit Rücksicht auf die Nachteile und Gefahren, welche die Blankozession mit sich bringt, abgelehnt. Jedoch wurde die Ausstellung des Grundschuldbriefes selbst auf den Inhaber gestattet. (§ 1195 des BGB.)

§ 2.

Rechtliche Natur der Grundschuld.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, das die Grundschuld in den §§ 1191 bis 1198 regelt, bestimmt im § 1191:

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist."

Im § 1192 heißt es dann weiter:

„Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, so-

weit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt."

Der § 1195 bestimmt schließlich:

„Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. Auf einen solchen Brief finden die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung."

Diese Regelung der Inhabergrundschuld durch Anordnung einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber hat zu einer Reihe von Zweifelsfragen geführt. Letztere wären vermieden worden, wenn der Gesetzgeber selbst diese Fragen gelöst und nicht, wie so oft, die Klärung der Wissenschaft überlassen hätte, um ihr nicht vorzugreifen. Bei der entsprechenden Anwendung ist vor allem festzuhalten, daß die Grundschuld auf den Inhaber keine Schuldverschreibung auf den Inhaber ist, sondern eben eine Grundschuld. Die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber können also nur insoweit Anwendung finden, als sich dies mit der rechtlichen Natur der Grundschuld vereinbaren läßt.

Die Frage nach der rechtlichen Natur der Hypothek und Grundschuld gehört mit zu den bestrittensten des gesamten Rechtes. Trotz der Verschiedenheit im einzelnen, sind diese beiden Belastungsformen ihrem Wesen nach gleiche Rechte. Denn sie haben sämtlich die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück zum Inhalt; sie sind als ein einheitliches dingliches Recht anzusehen. Nur setzt die Hypothek eine persönliche Forderung voraus; ihre

akzessorische Natur ist aber regelmäßig durch die Ausdehnung der für die Richtigkeit des Grundbuchinhalts sprechenden Vermutung und des öffentlichen Glaubens des Grundbuches auf die persönliche Forderung stark abgeschwächt. Die Grundschuld dagegen ist die einfachere Form; sie geht, unabhängig von einem zu Grunde liegenden Forderungsrecht, auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück.

Durch die Formulierung der Vorschriften über den Inhalt der Hypothek und Grundschuld, §§ 1113 und 1191 BGB. hat die zweite Kommission der Frage nach der rechtlichen Konstruktion dieser Rechte nicht vorgreifen wollen. (Protokolle II Bd. III S. 539.) Durch diese Fassung, die die zweite Kommission den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gegeben hat, ist denn auch der alte Streit, welcher sich bisher an diese Frage, namentlich in Beziehung auf die Grundschuld des preußischen Rechtes knüpfte, unerledigt geblieben. Nur die Natur der Hypothek und Grundschuld als dingliche Rechte ist durch ihre Aufnahme in das dritte Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches und durch ihre ausdrückliche Bezeichnung als Belastung des Grundstückes außer Zweifel gestellt. (Mot. III S. 602 ff.) Auf die Streitfrage, ob der Hypothek und besonders der Grundschuld Pfandrechtsnatur zuzuerkennen ist, braucht hier im Rahmen dieser Erörterung nicht näher eingegangen zu werden.

Vielmehr interessiert hier eine andere Streitfrage, nämlich die, ob die Hypothek und die Grundschuld Realobligationen sind, d. h. ob der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks zur Zahlung

der bestimmten Geldsumme unter Beschränkung seiner Haftung auf das Grundstück verpflichtet ist. In dem Gesetz ist jedoch jeder Ausdruck vermieden, der für die Annahme einer Zahlungspflicht des Eigentümers sprechen könnte; in den §§ 1113 und 1191 heißt es nur, daß an den Gläubiger eine bestimmte Geldsumme „aus dem Grundstück zu zahlen ist"; nach § 1147 erfolgt die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung und § 1142 erklärt den Eigentümer für „berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist." Diese Bestimmungen sprechen nicht für die Annahme einer Zahlungspflicht des Eigentümers, sondern nur für eine Pflicht desselben, die Zwangsvollstreckung zu dulden. (Protokolle II Bd. 4 S. 603.)

Freilich ist zuzugeben, daß manche Bestimmungen für die Annahme einer Realobligation sprechen. Wenn der Eigentümer den Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger befriedigt, so treten die Wirkungen ein, welche sich an die Zahlung einer Schuld knüpfen. Das Gesetz kennt ferner eine Kündigung des Eigentümers an den Gläubiger und umgekehrt (§§ 1141, 1156), eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Mahnung (§ 1160 Abs. 2) und einen Verzug des Eigentümers (§ 1146). Die Bestimmungen der §§ 592, 688, 794, Ziffer 5 der Zivilprozeßordnung, nach denen der Anspruch aus einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld für den Urkundenprozeß, das Mahnverfahren und die vollstreckbaren gerichtlichen und notariellen Urkunden als ein Anspruch gilt, der die

Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstand hat, können m. E. nicht mitherangezogen werden; denn diese Vorschriften sind nur erlassen worden, um ihre zivilprozeßualische Anwendbarkeit für das Gebiet der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden außer Zweifel zu stellen.

Die oben angeführten, für die Annahme einer Realobligation sprechenden Vorschriften nötigen jedoch nicht dazu, ein wirkliches Forderungsrecht hier anzunehmen. Vielmehr läßt sich aus dem Begriff des dinglichen Rechtes an einem Grundstück, kraft dessen der Berechtigte die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück verlangen, d. h. die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks zu dem Zweck verlangen kann, um aus dem Erlöse die Zahlung der Geldsumme zu erlangen, das durch die Hypothek und Grundschuld begründete Verhältnis befriedigend erklären. Man wird daher bei dem Begriff stehen bleiben müssen, der sich aus dem Wortlaut der das Wesen der Hypothek und Grundschuld bestimmenden Vorschriften der §§ 1113 und 1191 ergibt.

Der auf Grund germanistischer Forschungen aufgestellten Ansicht, die den Unterschied zwischen Schuld und Haftung verwertet, kann nicht beigetreten werden.[1])

---

[1]) Ueber die verschiedenen Meinungen hinsichtlich der rechtlichen Natur der Hypothek und Grundschuld vergl.:
Staudinger: Bd. III S. 633 I 1 a a.
Planck: Bd. III S. 515 Ziffer 3.
Fuchs: Bd. I S. 375 ff.
Stobbe-Lehmann: D.P.R. Bd II S. 264, 165.

§ 3.

Entstehung.

Der Grundschuldbrief auf den Inhaber ist eine Urkunde über eine Grundschuld, die Grundschuld ist nach dem § 1191 BGB. die Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Auf Grund des § 1192 untersteht die Grundschuld als Grundstücksbelastung hinsichtlich ihrer Entstehung den Vorschriften über die Hypothek. Die Entstehung der Grundschuld bestimmt sich daher nach den §§ 873, 874, aber auch nach dem § 1188, der entsprechende Anwendung zu finden hat. Während also zur Belastung eines Grundstückes mit einer Grundschuld nach der materiellen Seite hin grundsätzlich Einigung zwischen dem Besteller und Erwerber der Grundschuld und Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist, genügt bei einer Grundschuld auf den Inhaber an Stelle der Einigung die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, daß er die Grundschuld für den Inhaber des Briefes bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch.

Diese Ausnahme erklärt sich aus der Vorschrift

Endemann: Bd. II S. 704 Anm. 17, S. 716 Anm. 17, S. 718 Anm. 5.

Biermann: S. 300, 347 Ziffer 2.

Dernburg: Bd. III §§ 209, 222.

Puntschart.

des § 794, durch welche die sogenannte Kreationstheorie für die Entstehung der Verpflichtung aus der Schuldverschreibung auf den Inhaber gesetzliche Anerkennung gefunden hat. Wie für die Einigung des § 873, so ist auch für diese Erklärung eine Form materiellrechtlich nicht vorgeschrieben. Auch daß sie vor dem Grundbuchamt abgegeben wird, ist nicht erforderlich. Eine formlose Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt genügt zur Entstehung der Inhabergrundschuld, wenn die Eintragung hinzukommt. Zur Erwirkung der Eintragung bedarf es aber nach dem § 29 Satz 1 der Grundbuchordnung einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Eintragungsbewilligung des Eigentümers.

Die Eintragung kann unmittelbar für den Inhaber erfolgen, und zwar genügt es nach dem § 51 Abs. 2 GBO., wenn nur der Gesamtbetrag der Grundschuld unter Angabe der Anzahl, des Betrages und der Bezeichnung der Teile eingetragen wird. Die Eintragung in das Grundbuch hat die Ausfertigung der Grundschuldbriefe zur Folge. Die Inhabergrundschuld ist notwendig eine Briefgrundschuld. Nach dem § 70 Abs. 2 GBO. ist, wenn eine für den Inhaber des Briefes eingetragene Grundschuld in Teile zerlegt ist, über jeden Teil ein besonderer Brief herzustellen. Außerdem sind die Soll-Vorschriften des § 57 und die Muß-Vorschriften des § 56 der GBO. zu erfüllen. Aus § 793 Abs. 2 Satz 2 BGB. folgert die Denkschrift zur Grundbuchordnung S. 67 ff. mit Recht, daß auch die Unterschrift des Grundbuchamts im Wege mechanischer Vervielfältigung hergestellt werden könne, was bei einer größeren Anzahl von Teil-

grundschuldbriefen eine besondere Erleichterung bietet.[2])

Da die Inhabergrundschuld regelmäßig verzinslich sein wird, ist nach den §§ 803—806 BGB. auch die Ausstellung von Zinsscheinen und entsprechend auch von Erneuerungsscheinen neben dem Grundschuldbrief materiellrechtlich zuzulassen, da für die Verkehrsfähigkeit der Inhabergrundschuldbriefe diese Papiere unentbehrlich sind; ohne sie würde die Inhabergrundschuld in ihrer praktischen Bedeutung erheblich beschränkt werden. Da durch die Zinsscheine nicht eine persönliche Schuld des Ausstellers, sondern nur die Haftung des Grundstücks für die Zinsen begründet werden soll, ist ihre Ausstellung nicht Sache des Eigentümers, sondern des Grundbuchamtes. Wenn auch die Ausführungen Güthes (§ 70 Nr. 4), daß aus der Beschränkung der Haftung des Grundstücks allein für die Zinsen noch nicht die Notwendigkeit der Ausstellung der Zinsscheine durch das Grundbuchamt folge, zutreffend sein mögen, so muß man aber doch wohl annehmen, daß, wenn die Erteilung der Inhabergrundschuldbriefe Sache des Grundbuchamtes ist, die Zinsscheine auch von derselben Behörde ausgestellt werden müssen, welche die Haupturkunde herstellt, und nicht vom Grundstückseigentümer erteilt werden können.

[2]) So auch Staudinger: Bd. III S. 920 Ziffer 4a.
Planck: Bd. III S. 735 Ziffer 13.
Biermann: S. 425 Ziffer 3.
Achilles-Strecker: S. 302 Ziffer 2 d zu § 56.
Predari: S. 687 Ziffer 2 zu § 70; S. 588 Ziffer 2 zu § 43.
Turnau-Förster: Bd. I S. 878 Ziffer 4; anderer Ansicht Fuchs: Bd. I S. 660 Ziffer 2.

Ueber die Ausstellung und den Inhalt der Zinsscheine fehlt es in der Grundbuchordnung an jeder Bestimmung. Die Zinsscheine der Inhabergrundschuld sind gleichfalls Inhaberpapiere und bedürfen der für diese allgemein vorgeschriebenen Form (§ 793 Abs. 2 BGB.). Im übrigen wird es angängig sein, daß das Grundbuchamt nach dem Muster der Zinsscheine zu sonstigen Inhaberpapieren mit den durch den Inhalt und die Form des Grundschuldbriefes gebotenen Abweichungen Zinsscheine ausfertigt. [3])

§ 4.

Hinsichtlich der Entstehung ist noch von ganz besonderer Wichtigkeit die Frage, ob das Erfordernis der staatlichen Genehmigung auch für den Inhabergrundschuldbrief zutrifft, und in welchem Augenblick der Nachweis der staatlichen Genehmigung beigebracht werden muß.

Für Schuldverschreibungen auf den Inhaber besagt der Absatz 1 des § 795 BGB.: „Im Inland ausgestellte Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, dürfen nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden" und der Ab-

---

[3]) Planck: Bd. III S. 735 Ziffer 11.
Staudinger: Bd. III S. 919 Ziffer 2e.
Predari: S. 588 Ziffer 2.
Fuchs: Bd. I S. 664 Ziffer 12, Bd. II S. 649 Ziffer 13.
Turnau-Förster: Bd. I S. 878 Ziffer 3 e.
Biermann: S. 424 Ziffer f.
Anderer Ansicht: Achilles-Strecker: S. 321 Anm. 4 zu § 70.

satz 3: „Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibung ist nichtig." Es fragt sich, ob infolge der in dem § 1195 des BGB. angeordneten entsprechenden Anwendung der Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber die erwähnten Bestimmungen des 795 auch auf den Inhabergrundschuldbrief Anwendung finden.

Nach dem Wortlaut des § 1195 wird man, da in diesem die Anwendung der Bestimmung des § 795 nicht ausgenommen, vielmehr die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber ganz allgemein ohne eine Einschränkung angeordnet ist, die Anwendbarkeit des § 795 auch auf den Inhabergrundschuldbrief annehmen müssen.

Mit dieser Annahme steht auch die Entstehungsgeschichte des § 1195 durchaus im Einklang. „Erst in den zweiten Entwurf sind Bestimmungen über die Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber aufgenommen. Sie ist als Sicherungshypothek, also unter Ausschluß der Erteilung eines Hypothekenbriefes konstruiert. Die Inhabergrundschuld ist lediglich als Folge der Aufnahme der Inhaberhypothek in den Entwurf eingestellt. Die Folge der Staatsgenehmigung für die Ausgabe von Inhabergrundschuldbriefen ist nicht weiter berührt, jedoch lag für die Inhaberhypothek der zweiten Kommission ein Antrag vor, der die Hypothekenurkunde als Inhaberpapier ausgestalten und die Bildung von Teilhypotheken auf den Inhaber zulassen wollte, auf welche die Vorschriften über Schuldscheine auf den Inhaber einschließlich der das Erfordernis

der Staatsgenehmigung aufstellenden Vorschrift des § 724 des Entwurfs II entsprechende Anwendung finden sollten. Der Antrag ist nicht erörtert, weil man der Konstruktion der Inhaberhypothek als Sicherungshypothek den Vorzug gab. Von keiner Seite ist aber die Ansicht geäußert, daß im Punkte der Staatsgenehmigung etwa eine abweichende Behandlung der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme an den Inhaber aus dem Grundstück verbriefenden Urkunde geboten oder selbstverständlich erscheine."[4])

Der Anwendbarkeit des§ 795 auf den Inhabergrundschuldbrief steht auch der Umstand nicht entgegen, daß nach dem § 1191 des BGB. der Anspruch aus einer Grundschuld nur auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück, also auf Dulden der Zwangsvollstreckung in das Grundstück gerichtet ist. Denn in dem § 795 ist das Versprechen der Zahlung einer b e s t i m m t e n Geldsumme lediglich im Gegensatz gedacht zu dem Versprechen der Zahlung einer u n b e s t i m m t e n Geldsumme und zu dem a u f a n d e r e L e i s t u n g e n a l s G e l d gerichteten Versprechen.[5]) Daß in dem Falle des § 1195 die Zahlung der bestimmten Geldsumme aus einem Grundstück zu erfolgen hat, kann die Anwendbarkeit des § 795 nicht ohne weiteres ausschließen, dies um so weniger, wenn man annimmt, daß der Eigentümer eines mit einer Grundschuld belasteten

---

[4]) So das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 2. April 1900 (Johow-Ring, Jahrbuch Bd. 20 S. A 105, = Rechtsprechung der OLG. Bd. I S. 104 = E.F.G. Bd. I S. 37)

[5]) Staudinger: Bd. II b § 795 I 1 a,
Planck: Bd. II § 795 1 a.

Grundstücks auch für die Zahlung aus den Einkünften des Grundstücks zu sorgen hat.[6]) Aber auch für den Fall, daß man annimmt, die Verpflichtung des Eigentümers beschränke sich auf das Dulden der Zwangsvollstreckung, wie § 2 ausgeführt ist, muß man die Anwendbarkeit des § 795 bejahen.

Denn dieselben Gründe, die nach den Motiven zum ersten Entwurf Bd. 2 S. 718 bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, die staatliche Genehmigung erforderlich gemacht haben, treffen aber auch auf die Inhabergrundschuld zu.

In den Motiven heißt es nämlich: „Nicht nur zum Schutze des Publikums gegen Ausbeutung durch schwindelhafte Unternehmungen, sondern auch um Störungen des Staatskredits durch eine unbeschränkte Emission von Privatschuldverschreibungen der bezeichneten Art zu verhüten, ist die Beschränkung der Ausgabefreiheit geboten." Denn „Ohne das Erfordernis der Genehmigung würde es möglich sein, sowohl ein minderwertiges Grundstück als Unterlage für die Ausgabe von Grundschuldbriefen zu benutzen, und das unerfahrene Publikum durch das Angebot von Papieren mit dem Scheine dinglicher Sicherheit zu täuschen, wie auch den § 795 durch Radizierung einer Anleihe auf Grundeigentum zu umgehen," so das Kammergericht in der angezogenen Entscheidung.

---

[6]) Turnau-Förster: Bd. I S. 571;
Fuchs: Bd. I S. 391 Ziffer 6;
Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 44 S. 529.

Trotzdem verneinen Dernburg[7]) und Eck[8]) das Erfordernis der staatlichen Genehmigung, ersterer lediglich mit den Worten: „Dann ist die Verstattung von Grundschulden auf den Inhaber, von seltenen Ausnahmefällen abgesehen, illusorisch. Dann handelt es sich, was kaum die Absicht gewesen sein wird, um ein totgeborenes Gesetz."

Diese Ansicht findet aber, ganz abgesehen von ihrer unzureichenden Begründung, im Gesetz keine Stütze. Vor allen Dingen übersieht Dernburg hierbei, daß die Sicherungshypothek für Schuldverschreibungen auf den Inhaber und entsprechend auch die Inhabergrundschuld überhaupt nur für besondere Fälle geschaffen worden sind. In der Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch (S. 227) heißt es: „Von praktischer Bedeutung ist diese Hypothek (gemeint ist die Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber) vorzugsweise für größere Anleihen, die mittels Ausgabe einer entsprechenden Anzahl von Schuldverschreibungen aufgenommen werden.'. Nach S. 228 kann eine Grundschuld auch in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. „Diese Bestimmung dient ähnlichen Zwecken wie die Zulassung einer Hypothek zur Sicherung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber." In den Protokollen Bd. 3 S. 668 heißt es bei der Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber: „Es handele sich um die Anleihen von Groß-

---

[7]) Dernburg: Bd. III § 246 Nr. I 3 b.
[8]) Eck, Bd. II S. 319.

industriellen und Großgrundbesitzern" und S. 712 VI bei dem Antrag auf Zulassung von Inhabergrundschulden: „Die Kommission erklärte sich mit dem Antrag aus dem gleichen Grunde einverstanden, aus dem sie sich entschlossen hat, die Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber zuzulassen."

Aus allen diesen Gründen wird man mit der in der Literatur herrschenden Meinung zu dem Ergebnis kommen müssen, daß der § 795 auch auf den Inhabergrundschuldbrief Anwendung zu finden hat.[9])

Die auf den Inhaber ausgestellten Grundschuldbriefe dürfen mithin nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden und die ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangten Inhabergrundschuldbriefe sind nichtig.

Die staatliche Genehmigung muß spätestens in dem Zeitpunkt vorhanden sein, in dem die Inhabergrundschuldbriefe in den Verkehr gebracht werden.

---

[9]) Staudinger: Bd. III § 1195 Ziffer 2 a;
Planck: § 1195 Ziffer 2;
Endemann: Bd. II S. 888 Anm. 25;
Crome: Bd. III S. 670 Anm. 82;
Enneccerus-Lehmann: Bd. II S. 330;
Biermann: § 1195 Anm. 2 b;
Fuchs: Bd. I S. 661 Ziffer 3;
Oberneck: Bd. II S. 478 Ziffer 3 a;
Turnau-Förster: Bd. I § 1195 Ziffer 3a;
Predari: S. 298 Ziffer 2 und S. 588 Ziffer 2;
Güthe: Bd. I S. 806 Ziffer 4 a;
Kretschmar: Bd. I S. 425;
Achilles-Strecker: S. 63;
Maenner: S. 395.

Es fragt sich nun, ob dieser Zeitpunkt hinsichtlich der staatlichen Genehmigung auch für den Grundbuchverkehr maßgebend und ausreichend ist, d. h. mit anderen Worten, ob der Grundbuchrichter schon die Eintragung der Grundschuld von dem Nachweis der staatlichen Genehmigung abhängig machen muß, oder ob er zwar die Eintragung der Grundschuld vornehmen darf, und nur die Aushändigung der auf den Inhaber ausgestellten Grundschuldbriefe an den Grundstückseigentümer von dem Nachweis der staatlichen Genehmigung abhängig machen muß.

In der Praxis wird für den Grundbuchrichter die Streitfrage durch die Entscheidung des Reichsgerichts im 59. Bande S. 381 ff. wohl erledigt sein; in der Literatur herrscht aber noch Streit über diese Frage.

Fuchs (Bd. I S. 661 Ziffer 6), der den Nachweis der staatlichen Genehmigung nur für das Inverkehrbringen der Inhabergrundschulbriefe verlangt, unterscheidet, ob die Briefe dem Grundstückseigentümer oder dem ersten Nehmer ausgehändigt werden, und macht nur im letzteren Falle die Aushändigung von dem Nachweis der staatlichen Genehmigung abhängig.

Legt man die Vorschrift des § 795 Abs. 1 des BGB., nach der die auf den Inhaber ausgestellten Grundschuldbriefe nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden dürfen, lediglich nach dem Wortlaut und den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches aus, und macht man entsprechend nicht schon die Eintragung der Grundschuld von dem Nachweis der staatlichen Genehmigung abhängig, so wird man allerdings mit Fuchs die vom Reichsgericht zurückgewiesene Unterscheidung ma-

chen müssen, ob die Inhabergrundschuldbriefe dem Grundstückseigentümer oder dem ersten Nehmer ausgehändigt werden. Denn ein Inverkehrbringen setzt zwar nicht ein Umlaufen der Briefe im Publikum voraus, sondern ist auch schon dann vorhanden, wenn auch nur ein Brief dem ersten Nehmer ausgehändigt wird. Dadurch, daß die Briefe dem Eigentümer ausgehändigt werden, werden sie aber noch nicht in den Verkehr gebracht. Vielmehr steht es gerade noch in dem Willen des Eigentümers, ob er die Briefe in den Verkehr bringen will oder nicht. Bei dieser Auffassung und Auslegung der Bestimmungen muß also der Grundbuchrichter einem Antrag des Grundstückseigentümers, eine Grundschuld einzutragen, und die auf den Inhaber auszustellenden Grundschuldbriefe ihm auszuhändigen, stattgeben und es dem Grundstückseigentümer überlassen, mit dem Inverkehrbringen der Inhabergrundschuldbriefe solange zu warten, bis er die staatliche Genehmigung zum Inverkehrbringen erhalten hat.

Dieses Ergebnis ist aber mit dem Wesen und der Bedeutung des Grundbuches, sowie mit den Rechtsgrundsätzen der Grundbuchordnung schwer in Einklang zu bringen.

Das sogenannte Legalitätsprinzip hat in der Grundbuchordnung eine besondere Regelung nicht erfahren. Aus dem Umstand jedoch, daß die Grundbuchordnung über die Prüfungspflicht des Grundbuchrichters, insbesondere darüber, auf welche Gegenstände sich die Prüfungspflicht zu erstrecken hat, keine Bestimmungen enthält im Gegensatz z. B. zu der Vorschrift des § 46 Satz 1 der preußischen Grund-

buchordnung: „Der Grundbuchrichter ist verpflichtet, die Rechtsgültigkeit der vollzogenen Auflassung, Eintragungs- oder Löschungsbewilligung nach Form und Inhalt zu prüfen," kann aber nicht geschlossen werden, daß dieses Prinzip für die Grundbuchordnung keine Geltung mehr haben soll. In der Literatur wird daher auch allgemein angenommen, daß das Legalitätsprinzip für die Grundbuchordnung gilt.

Es kann freilich im einzelnen Fall wohl zweifelhaft sein, was zum Gegenstand der Prüfung seitens des Grundbuchrichters gemacht werden muß. Mit Rücksicht hierauf bemerkt Förster S. 86 zutreffend: „Doch ist zu beachten, daß die Grundbuchgesetze bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der im praktischen Leben möglichen Fälle nicht erschöpfend regeln können, welche Pflichten dem Gerichte in jedem einzelnen Fall obliegen und die Gesetzmäßigkeit einer Maßnahme deshalb nicht dann schon zu verneinen ist, wenn sie in den verschiedenen Grundbuchgesetzen nicht ausdrücklich zugelassen wird. Vielmehr ist in solchem Fall zu untersuchen, ob sich die beantragte Amtshandlung mit den aus dem Gesamtinhalt der Gesetze zu entnehmenden Grundsätzen verträgt."

Aus diesem allgemeinen Gesichtspunkte heraus muß man auch die Frage zu beantworten suchen, ob der Grundbuchrichter vor der Eintragung der Grundschuld verpflichtet ist zu prüfen, ob der Grundstückseigentümer die staatliche Genehmigung erhalten hat, die auf den Inhaber ausgestellten Grundschuldbriefe in den Verkehr zu bringen.

Wie das Reichsgericht in der angezogenen Entscheidung ausführt, muß der Grundbuchrichter, wenn

er eine Inhabergrundschuld einträgt, einen auf den Inhaber ausgestellten Brief erteilen und diesen dem Grundstückseigentümer oder auf dessen Antrag dem ersten Nehmer aushändigen.

Werden die Briefe dem ersten Nehmer ausgehändigt, so ist es zweifellos, daß die Briefe dadurch in den Verkehr gebracht werden, und zwar durch den Grundstückseigentümer und nicht durch den Grundbuchrichter. Die auf diese Weise in den Verkehr gebrachten Inhabergrundschuldbriefe sind mangels der staatlichen Genehmigung nichtig. Nichtige Grundschuldbriefe darf aber der Grundbuchrichter nach dem Geiste der Grundbuchordnung nicht ausgeben.

Händigt der Grundbuchrichter die Inhabergrundschuldbriefe dem Grundstückseigentümer aus, so sind diese zur Zeit ihrer Aushändigung noch wirkungslos. Rechtliche Wirksamkeit sollen sie erst durch die von dem Willen des Eigentümers unabhängige staatliche Genehmigung erhalten. Unwirksame Grundschuldbriefe darf aber der Grundbuchrichter ebensowenig ausgeben wie nichtige. Es ist zwar richtig, daß die Inhabergrundschuldbriefe durch ihre Aushändigung noch nicht in den Verkehr gebracht werden. „Der ganze Zweck des Eintragungsbegehrens ist aber, den auf den Inhaber ausgestellten Brief zu erlangen, um ihn in Verkehr zu setzen; denn rechtlich Bedeutung erlangt der Brief erst durch die Begebung und dieses wiederum kann ihm die Bedeutung nur verleihen, wenn sie mit staatlicher Genehmigung erfolgt ist," so die Entscheidung des Reichsgerichts. Vor allem wird aber durch die Aushändigung der Inhabergrundschuldbriefe der Grundstückseigentümer in die

Lage gebracht, jederzeit nach seinem Belieben die Inhabergrundschuldbriefe, die zur Zeit noch ohne jede rechtliche Wirksamkeit sind, in den Verkehr zu bringen, bevor die staatliche Genehmigung erteilt ist. Auch ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß die Inhabergrundschuldbriefe ohne den Willen des Grundstückseigentümers von einem Dritten unbefugt in den Verkehr gebracht werden.

Diese Ausführungen führen, indem man das Hauptgewicht lediglich auf die Unwirksamkeit bezw. Nichtigkeit der Briefe legt, zu dem Ergebnis, daß der Grundbuchrichter die Eintragung der Grundschuld in das Grundbuch vornehmen darf und nur die Aushändigung der Briefe, gleichgültig an wen, von dem Nachweis der staatlichen Genehmigung abhängig machen muß. Dieser Standpunkt wird in der Literatur von Planck[10]), Oberneck[11]) und Güthe[12]) eingenommen.

Diese stehen zwar an sich auf dem Standpunkt, daß der Nachweis der staatlichen Genehmigung vor der Eintragung zu erbringen sei, doch scheinen sie es für nicht unzulässig zu erachten, die Eintragung vorzunehmen und nur die Aushändigung der auf den Inhaber ausgestellten Grundschuldbriefe von der staatlichen Genehmigung abhängig zu machen, wenn sie schreiben: „Das Grundbuchamt muß daher jedenfalls dafür Sorge tragen, daß der Brief nicht ohne die erforderliche staatliche Genehmigung in Verkehr gelangt," so Planck, und Oberneck: „Jedenfalls hat der

---

[10]) Planck: Bd. III zu § 1195 Ziffer 2.
[11]) Oberneck: Bd. II S. 478.
[12]) Güthe: Bd. I S. 806 Ziffer 7.

Grundbuchrichter dafür Sorge zu tragen, daß die ohne jeden Nachweis (gemeint ist die staatliche Genehmigung) gefertigten Briefe nicht aus dem Verschluß des Grundbuchamtes kommen."

Diese Ansicht ist aber m. E. nicht begründet. Denn solange die staatliche Genehmigung nicht vorhanden ist, muß man nicht nur den Brief, sondern vor allen Dingen auch die Eintragung selbst als unwirksam ansehen, da der Brief allein ein selbständiges Dasein überhaupt nicht hat, sondern nur das notwendige Korrelat zu der Eintragung darstellt, von ihr abhängig und lediglich im Interesse einer Verkehrserleichterung geschaffen ist. Unwirksame Eintragungen darf aber der Grundbuchrichter nicht vornehmen. Freilich ist es möglich, daß der Mangel der Wirksamkeit durch nachfolgende staaliche Genehmigung geheilt wird. Der Grundbuchrichter muß aber in erster Linie auch mit der Möglichkeit rechnen, daß die staatliche Genehmigug versagt wird. Man muß daher mit dem Reichsgericht annehmen, daß der Grundbuchrichter schon vor der Eintragung einer Inhabergrundschuld prüfen muß, ob der Grundstückseigentümer zur Schaffung eines solchen gefährlichen Verkehrswertes befugt ist, d. h. ob er die staatliche Genehmigung zum Inverkehrbringen der Briefe erhalten hat. Dieser Standpunkt wird in der Literatur jetzt fast allgemein angenommen[13]).

---

[13]) Turnau-Förster: S. 877 Bem. 3 a;
Staudinger: Bd. III S. 919 Ziffer 2 a;
Endemann: Bd. II S. 888 Anm. 25;

§ 5.

Schadenersatzansprüche des Inhabers gegen den Eigentümer.

Ebenso wie die ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibung auf den Inhaber nichtig ist, ist auch der Inhabergrundschuldbrief nichtig, der ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangt ist. Diese Nichtigkeit des Grundschuldbriefes wegen mangelnder staatlicher Genehmigung kann selbst dem gutgläubigen Inhaber entgegengesetzt werden; ein Schutz durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches tritt hier nicht ein.

Da mithin der gutgläubige Inhaber keine Rechte aus dem nichtigen Grundschuldbrief erworben hat und geltend machen kann, kann auch von einer Haftung des Eigentümers mit dem belasteten Grundstück, also von einer dinglichen Haftung, keine Rede sein. Bei einer Grundschuld ist aber ihrem Wesen nach im Gegensatz zu der Hypothek, die grundsätzlich von einer doppelten Haftung ausgeht, der des persönlichen Schuldners und der des Grundstückseigentümers, die dingliche Haftung die Hauptsache. Denn die Grundschuld begründet nur eine reine Sachhaftung des belasteten Grundstückes.

Predari: S. 298 Ziffer 2;
Kretzschmar: Bd. I S. 425;
Maenner: S. 395;
Biermann: S. 324;
Achilles-Strecker: S. 63.

Nach dem § 795 Abs. 3 des BGB. hat aber der Aussteller dem Inhaber den durch die Ausgabe verursachten Schaden zu ersetzen. Es fragt sich, ob diese Bestimmung auch bei der Inhabergrundschuld entsprechende Anwendung zu finden hat, d. h. ob der die Inhabergrundschuld bestellende Eigentümer persönlich den durch die Ausgabe verursachten Schaden zu ersetzen hat. Diese Frage muß wohl bejaht werden. Zwar will der Eigentümer, der eine Grundschuld bestellt, nur dinglich mit dem belasteten Grundstück haften; er wählt gerade diese Art der Belastung, um seine persönliche Haftung zu vermeiden. Dies kann aber nicht ausschlaggebend sein. Denn der hier von dem Gesetz im § 795 bestimmte Schadenersatzanspruch versteht sich durchaus nicht etwa von selbst und wäre ohne jene Bestimmung nicht gegeben. Die Annahme einer persönlichen Schadensersatzpflicht des die Inhabergrundschuld bestellenden Eigentümers ist so unbedenklicher, als diese Haftung nicht für einen Anspruch besteht, der sich aus dem Brief ergibt, sondern, wie das Gesetz sagt, für einen Schaden, den der Inhaber dadurch erleidet, daß der Eigentümer Inhabergrunschuldbriefe ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gebracht hat. Für diesen Schaden besteht aber eine dingliche Haftung des Eigentümers nicht, da dieser nur versprochen hat, für einen Anspruch aus dem Briefe mit dem belasteten Grundstück haften zu wollen; der Schadensersatzanspruch ist aber kein Anspruch aus dem Brief. Aus allen diesen Gründen ist es sehr wohl mit dem Wesen der Grundschuld zu vereinen, den die Inhabergrundschuld bestellenden Eigentümer persönlich, d. h. mit seinem

ganzen Vermögen für den durch die Ausgabe der Briefe verursachten Schaden haften zu lassen.

Die Streitfrage, ob die Schadensersatzpflicht davon abhängt, daß der Eigentümer selbst die Briefe in den Verkehr gebracht hat, oder gemäß § 794 BGB. auch dann gegeben ist, wenn die Briefe ihm gestohlen worden, verloren gegangen, oder sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt sind, ist m. E. im letzteren Sinne zu beantworten. Denn der Zusammenhang des Halbsatzes 2 mit dem Halbsatz 1 des Absatzes 3 ergibt, daß mit den Worten „durch die Ausgabe verursachten Schaden" nur dasselbe hat ausgedrückt werden sollen, was in dem ersten Halbsatz durch die Worte „Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibung" ausgedrückt ist. Mit den Worten „durch die Ausgabe" hat lediglich eine Begrenzung des Schadens seiner Höhe nach stattfinden sollen.[14])

Auf den Schadenersatzanspruch finden die §§ 249—254 des BGB. Anwendung, da diese Vorschriften die allgemeinen für die Verpflichtung zum Schadenersatz geltenden Grundsätze erhalten. Nur insoweit für einzelne Fälle besondere Vorschriften gegeben worden sind, sind diese maßgebend.

Nach dem § 249 ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende

---

[14]) Planck: Bd. II S. 895 Ziffer 6 a;
Enneccerus: Bd. I § 429 S. 1090 Ziffer II, 1;
Dernburg: Bd. II, 1 § 149 Ziffer III, 4;
anderer Ansicht: Staudinger: Bd. II, 2 S. 1337 Ziffer IV, 2a;
Oertmann: S. 998 Ziffer 4 c;
Crome: Bd. II, 2 S. 944.

Umstand, das ist also die Ausgabe, nicht eingetreten wäre. Der Schaden, den der Inhaber erlitten hat, besteht darin, daß er gegen Endgelt einen Grundschuldbrief erworben hat, der keinen Wert hat, und stellt sich auf die Summe, die der Inhaber für den Erwerb der wertlosen Grundschuldbriefe aufwenden mußte. Diese Summe kann höher oder geringer sein, als der verbriefte Betrag. Ist der Erwerbspreis höher, als der verbriefte Betrag, so ist ersterer für die Höhe des Schadenersatzanspruches maßgebend. Den Schadenersatzanspruch in diesem Falle nur in Höhe des verbrieften Betrages zu geben, liegt kein Grund vor, denn der Schadensersatzanspruch ist kein Anspruch aus dem Brief.

Bleibt der Erwerbspreis hinter dem verbrieften Betrag zurück, so ist zunächst für den Schadenersatzanspruch die Höhe des Erwerbspreises maßgebend. Nach dem § 252 BGB. umfaßt aber der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn; und als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Jacobi[15]) lehnt die Anwendbarkeit des § 252 überhaupt ab. Diese Ansicht scheint mir nicht begründet zu sein. Denn die Bestimmung des § 795 gibt keinen Anhalt dafür, den § 252 von der Anwendbarkeit auszuschliessen. Infolgedessen wird die Anwendbarkeit des § 252 auch fast allgemein in der Literatur angenommen.[16]) Der Inhaber ist daher

[15]) Jacobi: S. 262.
[16]) Planck: Bd. II S. 896 Ziffer 6;
Staudinger: Bd. II b S. 789 Ziffer 2 d;
Oertmann: S. 891 Ziffer 4 b.

berechtigt, auch einen etwaigen entgangenen Gewinn geltend zu machen. Der Schadensersatzanspruch kann also unter Umständen den verbrieften Betrag erreichen, hinter diesem zurückbleiben, ja sogar nur in Höhe des Erwerbspreises gegeben sein. Nicht richtig ist es, dem Inhaber einen Schadensersatzanspruch ohne weiteres in Höhe des verbrieften Betrages zu geben. Denn es soll nur der durch die Ausgabe verursachte Schaden ersetzt werden; nicht der, der durch die Nichtigkeit des Briefes verursacht wird; der Inhaber soll schadlos gehalten werden. Würde man einen Schadenersatzanspruch ohne weiteres in Höhe des verbrieften Betrages anerkennen, so würde das bedeuten, daß der Eigentümer trotz der Nichtigkeit der Briefe ebenso haftete, als wenn sie giltig wären, allerdings nur persönlich und nicht dinglich; es würde dies einem Erlösungszwang der nichtigen Inhabergrundschuldbriefe gleich kommen; so auch Planck.[17]) Endemann[18]) und Dernburg[19]) nehmen allerdings diese Art der Haftung an. Endemann schreibt: „Der Aussteller muß die verbotwidrig ausgestellten Schuldverschreibungen einlösen und haftet überdies für den Schaden, den der gegenwärtige Inhaber hieraus erlitten hat." Dieser Einlösungszwang ist aber mit der Nichtigkeit der Briefe und dem Wortlaut und dem Sinn des § 795 nicht in Einklang zu bringen.

Es bleibt noch übrig zu erörtern, ob der § 254 anwendbar ist. Nach dem § 254 hängt, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Be-

[17]) Planck: Bd. II S. 895 Ziffer 6 c.
[18]) Endemann: Bd. I S. 1226 § 196 Anm. 42.
[19]) Dernburg: Bd. II, 1 S. 416 § 149 Ziffer 4.

schädigten mitwirkt, die Verpflichtung zum Ersatz, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist. Ueber die Frage, ob diese Bestimmung im Falle des § 795 Anwendung finden kann, herrscht Streit. Die Motive[20]) verneinen zwar die Anwendbarkeit; auch Endemann,[21]) Jacobi[22]) und Goldmann-Lilienthal [23]). Andere wieder wie Dernburg lassen den § 254 nur bei positiver Kenntnis von dem Fehlen der staatlichen Genehmigung Anwendung finden. Es dürfte aber kein hinreichender Grund vorhanden sein, den § 254 von der Anwendung auszuschließen, da auch die übrigen allgemeinen Vorschriften über den Schadensersatzanspruch Anwendung finden. Die Anwendbarkeit bejahen daher Planck[24]), Oertmann[25]), Staudinger[26]). Die Schadensersatzpflicht kann also fortfallen oder beschränkt werden, wenn der Inhaber das Fehlen der staatlichen Genehmigung gekannt hat oder hat kennen müssen. Daß bei Kenntnis des Fehlens der staatlichen Genehmigung ein Schadensersatzanspruch nicht gegeben ist, leuchtet ohne weiteres ein. Unter welchen Umständen Fahrlässigkeit vorliegt, läßt sich nur nach Lage des einzelnen Falles beurteilen. Denn

[20]) Motive: Bd. II S. 720.
[21]) Endemann: Bd. I § 196 Anm. 42.
[22]) Jacobi: S. 261, 262.
[23]) Goldmann-Lilienthal: Bd. I S. 848.
[24]) Planck: Bd. II S. 896 Ziffer 6.
[25]) Oertmann: S. 891 Ziffer 4 b.
[26]) Staudinger: Bd. II b S. 788 Ziffer III, 2.

nach dem § 276 des BGB. handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Ganz allgemein läßt sich wohl nur sagen, daß bei einem Inhabergrundschuldbrief der Inhaber mit Recht davon ausgehen muß, daß der Grundbuchrichter, bevor er die Briefe dem Eigentümer aushändigt, auch geprüft hat, ob der Eigentümer die staatliche Genehmigung erhalten hat, die Briefe in den Verkehr zu bringen, und daß der Grundbuchrichter keine unwirksamen Briefe ausgibt. Aus diesem Grunde kann man bei Inhabergrundschuldbriefen eine Fahrlässigkeit jedenfalls nicht darin allein erblicken, daß der Inhaber vor dem Erwerb der Briefe nicht geprüft hat, ob die Erteilung der Genehmigung durch den Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht worden ist.

Gegen den Singularnachfolger im Eigentume des Grundstücks hat auch der gutgläubige Inhaber überhaupt keine Ansprüche, weder dingliche noch persönliche. Denn wie schon ausgeführt ist, hat der gutgläubige Inhaber infolge der Nichtigkeit der Grundschuldbriefe Rechte überhaupt nicht erworben. Zur Geltendmachung dieser Nichtigkeit ist aber nicht nur der die Inhabergrundschuld bestellende Eigentümer berechtigt, sondern jeder Singularnachfolger im Eigentum. Eine persönliche Haftung des Singularnachfolgers im Eigentum für die Schadensersatzansprüche aus dem § 795 des BGB. ist aber auch nicht gegeben. Denn diese Schadensersatzpflicht kann naturgemäß nur den Eigentümer treffen, der den Schaden durch das staatlich nicht genehmigte Inverkehrbringen der Inhabergrundschuldbriefe verursacht hat.

§ 6.

Schadenersatzansprüche des Inhabers gegen den Fiskus.

Anschließend sollen hier noch die Fragen erörtert werden, ob der Fiskus schadensersatzpflichtig ist, wenn der Grundbuchrichter die Inhabergrundschuldbriefe dem Eigentümer ausgehändigt hat, bevor ihm die staatliche Genehmigung nachgewiesen ist, und ob unter den gleichen Voraussetzungen der Grundbuchrichter nach § 145a RStGB. strafbar ist.

Der § 12 der GBO., der die Haftung des Staates regelt, bestimmt: „Verletzt ein Grundbuchbeamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegende Amtspflicht, so trifft den Beteiligten gegenüber die im § 839 des BGB. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Das Recht des Staates oder der Körperschaft, von dem Beamten Ersatz zu verlangen, bleibt unberührt." Der § 839 des BGB., auf den der § 12 der GBO. verweist, lautet: „Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus

entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden."

Was zunächst den rechtlichen Charakter der Schadensersatzpflicht des Fiskus betrifft, so liegt hier keine Schuldübernahme oder gesetzliche Sondernachfolge des Fiskus in die Schuld des Grundbuchrichters vor, wie Oberneck[27]) annimmt, vielmehr handelt es sich um eine Haftung des Staates für die Handlungen, welche die Grundbuchbeamten als seine Organe in Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechtes vornehmen, also um die Haftung des Staates für eigenes Verschulden[28]).

Die Schadensersatzpflicht trifft den Staat aber nur insoweit, als der Grundbuchrichter nach dem § 839 des BGB. haften würde, wenn er den Beteiligten gegenüber haftbar wäre. Daß der Abs. 2 des § 839 auf den Grundrichter keine Anwendung finden

---

[27]) Oberneck: Bd. I S. 151 Ziffer 5.

[28]) Fuchs: Bd. II S. 155 Ziffer 3 b;
Güthe: Bd. I S. 181 Ziffer 41;
Predari: S. 96 Ziffer 1;
Turnau-Förster: Bd. II S. 80 Ziffer 9.

kann, da eine urteilende Tätigkeit des Grundbuchrichters im Sinne dieser Bestimmungen nicht in Frage kommt, wird in der Literatur mit Ausnahme von Dernburg[29]) allgemein angenommen.

Die Schadensersatzpflicht des Staats hat mithin zur Voraussetzung, daß der Grundbuchrichter die ihm obliegende Amtspflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt hat. Unter Amtspflichten eines Grundbuchbeamten sind alle diejenigen Pflichten zu verstehen, die ein Grundbuchbeamter als solcher, d. h. kraft seiner grundbuchamtlichen Tätigkeit, zu erfüllen hat, so Güthe[30]). Die Verletzung der Amtspflicht kann insbesondere in der Nichtanwendung oder in der unrichtigen Anwendung von Rechtsbestimmungen bestehen, so im vorliegenden Falle. Denn wie ausgeführt ist, findet der § 795 BGB., nach dem im Inland ausgestellte Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden dürfen und ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibungen nichtig sind, infolge der Verweisung in dem § 1195 auf den Inhabergrundschuldbrief entsprechende Anwendung. Hieraus folgt weiter die Verpflichtung des Grundbuchrichters, die Eintragung der Grundschuld und die Aushändigung der Inhabergrundschuldbriefe von dem Nachweis abhängig zu machen, daß der Grundstückseigentümer die staatliche Genehmigung erhalten hat, die Inhaber-

---

[29]) Dernburg: Bd. III § 95 S. 118 Ziffer 3.

[30]) Güthe: Bd. I S. 164 Ziffer 7.

grundschuldbriefe in den Verkehr zu bringen. Verlangt der Grundbuchrichter diesen Nachweis nicht, so verletzt er damit seine Amtspflicht.

Es genügt aber nicht eine Verletzung der Amtspflicht, vielmehr muß diese Verletzung eine schuldhafte sein d. h. eine vorsätzliche oder fahrlässige. Der Fall der Vorsätzlichkeit, d. h. daß der Grundbuchrichter bewußt gegen eine bestehende Vorschrift gehandelt hat, scheidet aus, wohl aber kann eine Fahrlässigkeit in Frage kommen. Unter Fahrlässigkeit ist nach dem § 276 des BGB. entsprechend jedes Außerachtlassen der im Grundbuchverkehr erforderlichen Sorgfalt zu verstehen. Ob in einem bestimmten Handeln des Grundbuchrichters eine Fahrlässigkeit zu erblicken ist, muß daher von Fall zu Fall untersucht werden. In dem vorliegenden Falle, wo es sich um die Auslegung von Rechtsfragen handelt, kann die Entscheidung zweifelhaft sein, wenn der Grundbuchrichter bewußt von der reichsgerichtlichen Entscheidung abgewichen ist. Hat der Grundbuchrichter ohne den Nachweis der staatlichen Genehmigung die Eintragung der Grundschuld und die Aushändigung der Inhabergrundschuldbriefe an den Grundstückseigentümer vorgenommen, weil die Begründung der Entscheidungen des Kammergerichtes vom 2. April 1900 und des Reichsgerichtes vom 18. Jan. 1905 seiner Ueberzeugung nicht entspricht, und hat er vielleicht noch vor der Eintragungsverfügung in einer Bemerkung die Gründe angeführt, aus denen er die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe für nicht begründet erachtet, so kann es doch fraglich sein, ob eine fahrlässige Verletzung der Amtspflicht

vorliegt. Fuchs[31]) nimmt ein Versehen nicht an, wenn der Grundbuchbeamte einer Entscheidung höchster Gerichtshöfe nicht folgt, weil sie seiner Ueberzeugung nicht entspricht. Dieser Ansicht wird man aber wohl nicht folgen können. Denn die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe, besonders in Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung haben den Zweck, eine einheitliche Anwendung des Gesetzes anzubahnen und die Gefahren zu beseitigen, die aus einer verschiedenartigen Auslegung und Anwendung des Gesetzes entstehen können. Von besonderer Bedeutung aber sind die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in allen Fragen die das Grundbuchrecht betreffen. Hier muß im Interesse einer einheitlichen Anwendung der Grundbuchgesetze, im weitesten Sinne gemeint, von dem Grundbuchrichter die Beachtung der oberstrichterlichen Entscheidungen erwartet werden. Folgt er diesen nicht, so liegt hier ein Ausserachtlassen der im Grundbuchverkehr erforderlichen Sorgfalt, mag diese auch noch so gering sein, und ist geeignet die Schadensersatzpflicht des Staates zu begründen; so auch Güthe: Bd. I, S. 167. Handelt der Grundbuchrichter in Unkenntnis grundlegender Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe, so wird man in einem solchen Verfahren ohne weiteres eine fahrlässige Verletzung der Amtspflicht erblicken müssen.

Um eine Schadensersatzpflicht des Staates zu begründen, muß aber noch hinzukommen, daß der Inhaber einen Schaden erlitten hat, und zwar infolge der Amtspflichtverletzung. Der Schaden besteht hier da-

---

[31]) Fuchs: Bd. II S. 157.

rin, daß der Inhaber gegen Entgelt einen wertlosen Grundschuldbrief erworben hat. Dieser Erwerb ist aber nur durch die pflichtwidrige Eintragung der Grundschuld und Aushändigung der Inhabergrundschuldbriefe verursacht worden. Da im vorliegenden Falle nur eine fahrlässige Verletzung der Amtspflicht seitens des Grundbuchrichters in Frage kommen kann, so kann der Inhaber nach dem Abs. 1 Satz 2 des § 839 BGB. den Staat nur dann in Anspruch nehmen, wenn er nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Der Inhaber muß also zunächst versuchen, von seinem Vormann oder von dem Eigentümer Ersatz des Schadens zu erhalten. Hierzu ist es aber nicht immer nötig, daß der Inhaber den Schadenersatzpflichtigen verklagt, sondern es genügt auch der Nachweis, daß der Ersatzpflichtige vermögenslos, z. B. schon den Offenbarungseid geleistet hat[32]).

Auf den Schadenersatzanspruch selbst finden auch hier die Vorschriften der §§ 249 bis 254 des BGB. Anwendung. Nach dem § 249 ist also der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, d. h. wenn der Grundbuchrichter nicht unter Verletzung seiner Amtspflicht die Grundschuld eingetragen und die Briefe dem Eigentümer ausgehändigt hätte. Was die Höhe des Schadenersatzanspruches betrift, so gilt das im § 5 Ausgeführte auch hier und wird darauf Bezug genommen.

---

[32]) Güthe, Bd. I S. 175 Ziffer 26.

§ 7.

Strafbarkeit des Grundbuchrichters nach § 145a RStGB.

Durch den Artikel 34 Zifer IV des EG. zum BGB. ist als § 145a folgende Vorschrift in das Reichsstrafgesetzbuch eingestellt worden: „Wer im Inlande Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, ohne die erforderliche staatliche Genehmigung ausstellt und in den Verkehr bringt, wird mit einer Geldstrafe bestraft, die dem fünften Teile des Nennwertes der ausgegebenen Schuldverschreibungen gleichkommen kann, mindestens aber 300 M. beträgt."

Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den Inhabergrundschuldbrief wird in der Literatur sowie vom Reichsgericht und Kamergericht allgemein ohne Ausnahme angenomen. Dieser Standpunkt ist aber m. E. nicht begründet. Denn, wie ausgeführt ist, ist der Inhabergrundschuldbrief keine Inhaberschuldverschreibung, sondern lediglich eine Urkunde über die Belastung eines Grundstückes; ein Anspruch auf Zahlung schlechthin, wie bei der Schuldverschreibung, steht dem Inhaber nicht zu. Um dennoch die Vorschriften über die Inhaberschuldverschreibungen im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuches auf den Inhabergrundschuldbrief anwenden zu können, bedurfte es einer besonderen Vorschrift, die eben in dem § 1195 des BGB. getroffen worden ist. Diese Bestimmung gilt aber nur für das Bürgerliche Gesetzbuch, nicht auch

für das Strafgesetzbuch. Der Einwand, daß es dann möglich sei durch Ausgabe von Inhabergrundschuldbriefen die Vorschrift des § 145 a RStGB. zu umgehen, ist nicht stichhalttig. Auch gibt es im Strafgesetzbuch keine Rechtsanalogie, vielmehr gilt hier der Grundsatz: nullum crimen, nulla poena sine lege.

Aber selbst wenn man die Anwendbarkeit bejaht, liegt eine strafbare Handlung des Grundbuchrichters nicht vor. Die Strafbestimmung geht gegen den, der kumulativ Inhabergrundschuldbriefe ohne staatliche Genehmigung ausstellt und in den Verkehr bringt. Was die Ausführungshandlung des Ausstellens und des Inverkehrbringens betrifft, so wird weder die eine noch die andere von dem Grundbuchrichter vorgenommen. Vielmehr kommt bei beiden Handlungen allein der Eigentümer als Täter in Frage. Der Grundbuchrichter erscheint zwar nach außen hin als der Handelnde, er ist aber in Wirklichkeit nur das Werkzeug, dessen sich der Eigentümer bedient, und der auf den Antrag des Eigentümers in Tätigkeit tritt. Es bleibt noch übrig zu erörtern, ob sich der Grundbuchrichter unter dem Gesichtspunkte der Beihilfe strafbar macht. Aber auch von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, liegt eine strafbare Handlung des Grundbuchrichters nicht vor. Nach dem § 49 des StGB. wird als Gehülfe bestraft, wer den Täter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat wissentlich Hülfe geleistet hat. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung hat besonders zur Voraussetzung, daß die Hülfeleistung zu der begangenen Tat wissentlich, d. h. vorsätzlich, geschieht.

Nach der sogenannten Willensteorie ist der Vor-

satz das Wissen und Wollen des durch eine Willensbetätigung herbeizuführenden Erfolges. Nach der von Liszt vertretenen Vorstellungstheorie dagegen ist das Wollen des Erfolges kein notwendiges Begriffsmoment des Vorsatzes.[33]) Es genügt vielmehr das Bewußtsein oder die Vorstellung, daß eine Willensbetätigung einen gewissen Erfolg nach sich ziehen werde. Ja, es ist sogar die Vorstellung des Handelnden ausreichend, daß ein gewisser Erfolg seines Handelns eintreten könne, vorausgesetzt, daß er auch mit diesem möglichen Erfolg einverstanden ist, der sogenannte dolus eventualis. Von diesem Gesichtspunkt aus scheint Oberneck: Bd. II S. 481 die Strafbarkeit des Grundbuchrichters begründen zu wollen, wenn er schreibt: „Der Grundbuchrichter ermöglicht durch die Aushändigung der Briefe an den Eigentümer die Inverkehrsetzung," „der Grundbuchrichter muß sich sagen, daß der Eigentümer die Briefe lediglich zur Weiterbegebung fertigen läßt" und „Der Grundbuchrichter kann die Wahrscheinlichkeit der Weiterbegebung durch den Eigentümer als das Selbstverständliche nicht bezweifeln."

Wenn diese Ausführungen Obernecks an sich auch richtig sind, so läßt sich aber dennoch auf diese Weise die Strafbarkeit des Grundbuchrichters nicht begründen. Denn weder das Wollen, noch das Beßwutsein oder die Vorstellung des Grundbuchrichters ist auf den Erfolg gerichtet. Der Grundbuchrichter leistet nicht mit dem Bewußtsein Hülfe, durch seine Tätigkeit die Vollbringung der strafbaren Handlung des Eigen-

---

[33]) Liszt: S. 171 Anm. 2.

tümers zu fördern. Der Grundbuchrichter handelt lediglich in Erfüllung seiner Amtspflicht und läßt sich bei seinem Handeln nur davon leiten, dem Gesetz Genüge zu tun. Von einer strafbaren Handlung des Grundbuchrichters kann mithin keine Rede sein.

§ 8.

Einwendungen.

Der Erwerb, die Uebertragung und Belastung der Inhabergrundschuld findet nicht nach dem Recht der Grundschuld statt, sondern nach den für die Inhaberpapiere geltenden Bestimmungen, d. h. also durch Einigung und Uebergabe; die §§ 1154 und 1155 des BGB. finden mithin keine Anwendung.

Nach den §§ 793 und 794 ist der jeweilige Inhaber des Grundschuldbriefes der Grundschuldgläubiger, es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist. Daß der Brief dem Besteller gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist, steht dem redlichen Inhaber nicht entgegen. Unerheblich ist es auch, ob der Brief erst ausgegeben ist, nachdem der Eigentümer gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist. Die Uebergabe des Briefes seitens des Grundstückseigentümers ist nicht Voraussetzung des Erwerbes der Inhabergrundschuld.

Um die Rechte aus dem Inhabergrundschuldbrief ausüben zu können, ist abgesehen von dem Rechte an dem Brief die Innehabung derUrkunde notwendig. Innehabung ist aber nicht gleichbedeutend mit Besitz; denn auch der sogenannte Besitzdiener kann als In-

haber die Rechte aus dem Papier geltend machen. Andererseits ist wieder der Begriff der Innehabung enger als der des Besitzs; denn der Inhaber eines Papieres muß stets die gegenwärtige Gewalt über das Papier haben. Nur dem berechtigten Inhaber der Urkunde ist der Besteller bzw. Eigentümer gegen Aushändigung des Papieres zu leisten verpflichtet. Er wird jedoch auch durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit.

Die Einwendungen, die der Besteller bzw. Eigentümer aus der Inhabergrundschuld dem Inhaber des Briefes, der Rechte aus dem Brief herleiten will, entgegensetzen kann, regelt § 796 BGB. Hiernach kann der Eigentümer dem Inhaber nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Eigentümer unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Die Einwendungen der ersten beiden Klassen richten sich gegen jeden verfügungsberechtigten Inhaber, die der dritten Klasse immer nur gegen einen bestimmten Inhaber. Da ferner bei der Inhabergrundschuld an die Stelle der persönlichen Haftung des des Ausstellers die Haftung des Grundstücks tritt, so gehören zu den Einwendungen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen, auch alle die Einwendungen, welche die Entstehung des dinglichen Rechts betreffen.

Die allgemeine Zulässigkeit dieser Einwendungen erleidet aber eine Einschränkung und zwar durch das Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuches. Daß der § 892 des BGB. auch bei der Inhabergrundschuld Anwendung zu finden hat, ergibt sich aus der

Vorschrift des § 1192 des BGB. Nach dem § 892 wird also dem Inhaber eines Grundschuldbriefes, welcher denselben durch Rechtsgeschäft erworben hat, die Richtigkeit des Grundbuches dahin gewährleistet, daß der Grundschuld nur eine solche Einwendung entgegenstehe, die aus dem Grundschuldbrief oder einem Vermerk auf demselben hervorgeht, oder die durch Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuches aus dem Grundbuch ersichtlich ist, oder die dem Inhaber des Grundschuldbriefes bekannt ist. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß dem Inhaber ein in das Grundbuch eingetragener Widerspruch selbst dann entgegengesetzt werden kann, wenn sich aus dem Brief nichts ergibt. In gleicher Weise ist auch bei Widersprüchen zwischen dem Inhalt des Grundschuldbriefes und der Eintragung im Grundbuch letzteres maßgebend. Iedoch werden Verschiedenheiten im Inhalt des Grundschuldbriefes und des Grundbuches von großer Seltenheit sein. Denn nach dem § 42 der GBO. soll bei einer Grundschuld eine Eintragung nur dann erfolgen, wenn der Brief vorgelegt wird; und nach dem § 62 der Grundbuchordnung sind diese Eintragungen von dem Grundbuchamt auf dem Brief zu vermerken. Aus den §§ 43 und 54 der GBO. ergibt sich ferner, daß im Gegensatz zu § 42 bei einer Inhabergrundschuld die Vorlegung des Briefes selbst dann erforderlich ist, wenn ein Widerspruch eingetragen werden soll, der sich darauf gründet, daß die Grundschuld nicht bestehe oder einer Einrede unterliege oder die Grundschuld unrichtig eingetragen sei. Der Vorlegung des Briefes bedarf es vielmehr nur dann nicht, wenn der Eintragungsan-

trag durch die Bewilligung des bestellten Treuhänders oder durch eine gegen ihn erlassene gerichtliche Entscheidung begründet wird.

Bei den Einwendungen der dritten Klasse, also denjenigen, die dem Eigentümer gegen den jedesmaligen Inhaber zustehen, findet eine Einschränkung durch das Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuches nicht statt.

§ 9.

Aufhebung, Verzicht, beschädigte, verunstaltete, abhandengekommene, vernichtete Papiere, Ausschlussfristen, Verjährung, Umwandlung in Namenpapiere.

Zur Löschung einer Inhabergrundschuld bedarf es zunächst ebenso wie zu ihrer Begründung eines Antrages seitens des Eigentümers und ferner der Uebergabe des Briefes. Der Eigentümer, der durch die Zahlung an den Inhaber des Briefes selbst dann befreit wird, wenn er weiß, daß dieser nicht der Gläubiger ist, erwirbt durch die gegen die Zahlung erfolgende Aushändigung des Briefes das Eigentum an dem Brief und damit die Grundschuld; einer Quittung oder Löschungsbewilligung seitens des bisherigen Inhabers bedarf es nicht.[34])

---

[34]) Planck: Bd. III S. 734 Ziffer 6;
Staudinger: Bd. III S. 920 Ziffer 4 c;
Turnau-Förster: Bd. I S. 878 Ziffer k;
Biermann: S. 424 Ziffer 2 h;
anderer Ansicht Fuchs: Bd. I S. 663 Ziffer 8.

Verzichtet der Inhaber auf die Grundschuld, so ist es streitig, in welcher Form der Verzicht erklärt sein muß, um eine Eigentümergrundschuld entstehen zu lassen. Soviel ist jedenfalls unbedenklich, daß der Verzicht durch Uebergabe des Briefes an den Eigentümer zum Ausdruck gebracht werden kann, und daß es daneben der Wahrung der Form des § 1168 Abs. 2 nicht bedarf.

Die Frage aber, ob zur Uebertragung des Gläubigerrechtes an den Eigentümer die bloße Wahrung der Form des § 1168 Abs. 2 ohne Briefübergabe ausreicht, ist m. E. mit Fuchs[35]) gegen Oberneck[36]) zu verneinen. Denn der Verzicht ist eine Art gesetzlicher Uebertragung des Gläubigerrechtes und diese untersteht dem Recht der Inhaberpapiere. Auch wird überhaupt eine Eintragung des Verzichtes für unstatthaft zu erachten sein, wenn nicht gleichzeitig die Inhabergrundschuld in eine Namensgrundschuld umgewandelt wird. Denn bei der Inhabergrundschuld soll das Grundbuch nicht die subjektiven Rechtsänderungen beurkunden, sondern nur die objektiven.

Die Ausstellung eines neuen Briefes gegen Rückgabe des alten bestimmt sich nicht nach dem § 798 des BGB., sondern nach den §§ 67 und 68 der GBO. Während der § 798 eine Verpflichtung des Ausstellers einer Schuldverschreibung auf den Inhaber aufstellt, handelt es sich hier um die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Grundbuchamt einen neuen

---

[35]) Fuchs: Bd. I S. 661 Ziffer D 5 c.
[36]) Oberneck: Bd. II S. 480 Ziffer c.

Grundschuldbrief zu erteilen hat, und diese wird allein durch die Grundbuchordnung beantwortet. Hiernach ist eine Zustimmung oder sonstige Mitwirkung des Eigentümers nicht erforderlich; auch ist das Recht des Inhabers auf Erteilung eines neuen Briefes nicht nur auf den Fall beschränkt, daß der Brief infolge seiner Beschädigung oder Verunstaltung zum Umlauf nicht mehr geeignet ist.[37])

Ist ein Brief abhanden gekommen oder vernichtet, so kann er auf Grund des § 799 BGB. und der §§ 1030 ff. ZPO. für kraftlos erklärt werden. Die Erteilung eines neuen Briefes an Stelle des für kraftlos erklärten ist durch die §§ 67 und 68 der Grundbuchordnung geregelt. Einer Zustimmung oder Mitwirkung des Eigentümers bedarf es auch hier nicht. Während nun für den Hypothekenbrief nach dem § 1162 des BGB. die Zulässigkeit der Kraftloserklärung nicht ausgeschlossen werden kann, kann nach dem § 799 des BGB. bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber in der Urkunde die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen werden. Fuchs[38]) hält diesen Ausschluß mit Rücksicht auf die Bedeutung des Briefes für die materiellen Rechtsänderungen bei Inhabergrundschuldbriefen nicht für zulässig. Dieser Grund ist m. E. nicht ausreichend, diese Bestimmung von der

---

[37]) Planck: Bd. III S. 734 Ziffer 7;
Staudinger: Bd. III S. 919 Ziffer 2 f;
Fuchs: Bd. I S. 663 Ziffer F 10 a;
Biermann: S. 424 Ziffer d;
anderer Ansicht Turnau-Förster: Bd. I S. 878 Ziffer 3 f.

[38]) Fuchs: Bd. I S. 663 Ziffer 11.

entsprechenden Anwendung auszuschliessen, wie in der Literatur auch allgemein angenommen wird.[39])

Was die Frage der Eintragungsfähigkeit dieser Bestimmung in das Grundbuch betrifft, so enthalten weder das Bürgerliche Gesetzbuch noch die Grundbuchordnung darüber Vorschriften, was eingetragen werden darf und was nicht. „Allgemein läßt sich nur sagen, daß alle Eintragungen zulässig sind, die gesetzlich vorgeschrieben sind oder an die sich nach den Vorschriften des materiellen Rechts Rechtswirkungen knüpfen; so Güthe.[40]) Da nun nach dem § 799 die fragliche Bestimmung zulässig ist, muß man auch ihre Eintragungsfähigkeit in das Grundbuch annehmen. Hinzu kommt, daß der Inhalt des Grundbuches und der des Briefes miteinander übereinstimmen müssen.

Nach dem § 801 erlischt der Anspruch aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Eintritt der für die Leistung bestimmten Zeit, wenn nicht die Urkunde vor dem Ablauf der 30 Jahre dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch gerichtlich geltend gemacht wird. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung trifft auch auf die Inhabergrundschuld zu. Das Recht des Inhabers ist also mit dem Ablauf dieser Ausschlußfrist erloschen. Die weitere Bestimmung des § 801

---

[39]) Planck: Bd. III § 1195 Ziffer 8;
Oberneck: Bd. II S. 479;
Biermann: S. 424 Ziffer d;
Predari: S, 588;
Staudinger: Bd. III S. 919 Ziffer 2 f;
Crome:: Bd. III S. 670 Anm. 81,

[40]) Güthe: Bd. I S. 192 Ziffer 19

aber, nach der der Anspruch in zwei Jahren von dem Ende der Vorlegungsfrist an verjährt, wenn innerhalb der Vorlegungsfrist die Vorlage der Urkunde oder die gerichtliche Geltendmachung erfolgt ist, kann auf den Inhabergrundschuldbrief keine Anwendung finden. Denn nach dem § 902 unterliegen Ansprüche aus eingetragenen Rechten nicht der Verjährung; die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber haben aber nur entsprechende Anwendung zu finden. Der Umstand, daß die Redaktionskommission des Bürgerlichen Gesetzbuches die Anwendbarkeit der Verjährungsvorschriften angenommen hat, kann nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein.[41])

Die die Ausschließung des unbekannten Gläubigers regelnden §§ 1170, 1171 gelten auch für die Inhabergrundschuld, der § 1170 jedoch mit der aus § 1188 Abs. 2 ersichtlichen Aenderung. Hiernach kann der unbekannte Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Recht ausgeschlossen werden, wenn 30 Jahre seit dem Eintritt der für die Leistung bestimmten Zeit verstrichen sind, ohne daß vor dem Ablauf dieser Frist die Urkunde dem Eigentümer zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch aus der Urkunde gerichtlich geltend gemacht worgen ist. Wenn dagegen die Vorlage oder die gerichtliche Geltend-

---

[41]) Planck: Bd. III S. 735 Ziffer 10;
Staudinger Bd. III S. 919 Ziffer 2 h;
Biermann: S. 424 Ziffer e;
Oberneck: Bd. II S. 481 Ziffer d;
Turnau-Förster: Bd. I S. 878 Ziffer h;
anderer Ansicht: Fuchs: Bd. I S. 662 Ziffer 7 e.

machung erfolgt ist, so verlängert sich die 30-jährige Präklusivfrist um die 2-jährige Verjährungsfrist.

Die Umwandlung einer auf den Inhaber lautenden Grundschuld auf den Namen eines bestimmten Berechtigten erfordert als dingliche Rechtsänderung eine Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber durch die Eintragung in das Grundbuch. Der Eigentümer ist nach § 806 Satz 2 nicht verpflichtet, der Umwandlung zuzustimmen. Der Zustimmung der gleich- und nachstehend berechtigten bedarf es nicht. Die Umschreibung erfolgt durch das Grundbuchamt, das die in das Grundbuch eingetragene Aenderung auf dem Brief vermerkt.

Die nach verschiedenen Landesgesetzen bisher zugelassene Außerkurssetzung findet jetzt nicht mehr statt, die Umschreibung auf den Namen ist ein Ersatz dafür. Die Außerkurssetzung unterschied sich von der Umschreibung dadurch, daß sie nicht durch den Aussteller,sondern einseitig durch den Inhaber des Papieres erfolgte.

§ 10.

Treuhänder.

Die den Zwecken größerer Anleihen dienende Inhabergrundschuld, die in vielen Teilschuldverschreibungen von Hand zu Hand zu gehen bestimmt ist, wird für den Verkehr erst durch die Schaffung eines Organs brauchbar, das mit Wirkung für und gegen die häufig unbekannten Inhaber der Teilbriefe handelnd, selbständig grundbuchmäßige Verfügungen zu treffen und die Rechte der Gläubiger wahrzunehmen befähigt

ist. Es liegt dies namentlich auch im Interesse des Bestellers der Grundchuld, der ohne ein solches Organ mit der ungelenken und ihm unbekannten Vielheit der Inhaber zu verhandeln hätte. Die Bestellung eines solchen Vertreters für die jeweiligen Inhaber liegt aber auch im Interesse der einzelnen Gläubiger, die ihre Mitgläubiger nicht kennen und sich daher über die Wahrnehmung ihres gemeinschaftlichen Interesses hinsichtlich der Grundschuld nicht ins Einvernehmen setzen können.

Der § 1189 des BGB. bestimmt daher, daß für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter mit der Befugnis bestellt werden kann, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten. Zur Bestellung des Vertreters ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Ist der Eigentümer berechtigt, von dem Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu welcher der Vertreter befugt ist, so kann er die Vornahme der Verfügung von dem Vertreter verlangen.

Diese Bestimmung findet auf die Inhabergrundschuld entsprechende Anwendung. Man pflegt den Vertreter aus § 1189 Treuhänder zu nennen. Der Ausdruck selbst ist zwar in den Protokollen viel gebraucht, dem Bürgerlichen Gesetzbuch aber fremd. Als ein gesetzlicher Begriff kommt er in dem Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899 § 29 vor und in dem Gesetz, betreffend die gemeinsamen Rchte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899 §§ 1 und 14.

Wesentlich verschieden von diesem Treuhänder ist der Treuhänder des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Bestellung eines Treuhänders ist zwar zulässig, aber nicht notwendig. Mit Rücksicht auf die Schwierigkeiten jedoch, welche dem Eigentümer durch die Unbestimmtheit der Person erwachsen, ist die Bestellung eines Treuhänders stets empfehlenswert. Hinsichtlich der Person des Treuhänders sind besondere Vorschriften nicht gegeben. Es kommen daher die allgemeinen Regeln zur Anwendung. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Uebernahme der Vertretung besteht nicht.

Hinsichtlich der Form der Bestellung des Treuhänders bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch nur, daß zur Bestellung die Eintragung in das Grundbucherforderlich ist. Bei der Inhabergrundschuld genügt außer der Eintragung materiell wie formell die dem Grundbuchamt gegenüber erklärte Eintragungsbewilligung des Eigentümers. Dies gilt aber nur, wenn die Bestellung des Treuhänders bei der Begründung der Inhabergrundschuld erfolgt; eine nachträgliche Bestellung erfordert als eine Aenderung eines Teiles des Inhaltes der Inhabergrundschuld stets eine Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer sowie die Eintragung.

Da die Verfügungsbefugnis des Treuhänders nicht gesetzlich begrenzt ist, ist nicht nur sein Name, sondern auch der Umfang seiner Vertretungsmacht in das Grundbuch einzutragen. Während aber die Bestellung und der Name des Treuhänders aus dem Grundbuch selbst erhellen müssen, können die nähe-

ren Angaben über die Verfügungsbefugnis durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt werden.[42])

Hinsichtlich der Befugnisse des Treuhänders unterscheidet das Bürgerliche Gesetzbuch zwischen der Befugnis zur Verfügung über die Grundschuld und der Befugnis zur Geltendmachung derselben.

Der Umfang der Verfügungsbefugnis bedarf einer Aufzählung der einzelnen Arten der Verfügungen, zu denen der Treuhänder legitimiert sein soll. Die Worte des § 1189 „bestimmte Verfügungen" lassen eine andere Auslegung nicht zu, als daß bei der Bestellung die Art der Verfügung bestimmt angegeben werden muß.

Die einzelnen Verfügungsrechte des Treuhänders können verschiedenster Art sein; so Veränderung und Aufhebung der dinglichen Haftung, Entlassung von Trennstücken aus dem Haftverbande, Löschungsbewilligungen, Inhalts- und Rangänderungen.

Die Verfügungsbefugnis gibt dem Treuhänder nicht nur das Recht, innerhalb der Vertretungsmacht über die Grundschuld zu verfügen, sondern legt ihm auch dem Eigentümer gegenüber die Pflicht auf, innerhalb des Rahmens seiner Vertretungsbefugnis diejenigen Verfügungen vorzunehmen, welche der Eigentümer von dem Inhaber verlangen kann (Abs. 2 des § 1189 BGB.).

Weiter ist dem Treuhänder die Befugnis eingeräumt, den Gläubiger bei der Geltendmachung der Grundschuld zu vertreten. Im Gegensatz zu der Verfügungsbefugnis ist sie unbeschränkt; einer näheren

---

[42]) Achilles-Strecker: S. 245.

Begrenzung durch die Eintragung in das Grundbuch bedarf sie nicht. Unter der Geltendmachung der Grundschuld ist im Gegensatz zu Hachenburg[43]) jede gerichtliche wie außergerichtliche Geltendmachung des dinglichen Rechtes gegen den Eigentümer oder gegen einen Dritten zu verstehen.[44])

In einem Rechtsstreit hat der Treuhänder die Stellung eines gesetzlichen Vertreters; nicht er ist Partei, sondern der Gläubiger. Er führt den Prozeß in fremdem Namen und für fremde Rechnung und sein eigenes Vermögen kann durch den Prozeß nicht in Anspruch genommen werden; er haftet nicht persönlich für die Kosten des Prozesses.

Was schließlich die Frage nach der rechtlichen Natur des durch den § 1189 des BGB. geschaffenen Treuhandverhältnisses betrifft, so hat das Bürgerliche Gesetzbuch diese Frage nicht entschieden, sondern deren Lösung der Wissenschaft überlassen.

Nach der Fassung des § 1189 ist der Treuhänder Vertreter des jeweiligen Gläubigers, nicht selbst Gläubiger; er hat auch keine fiduziarische Rechtstellung, d. h. ein Gläubigervollrecht mit obligatorischen Rückgewährpflichten. Er ist auch nicht als Bevollmächtigter des Eigentümers anzusehen. Andererseits ist er aber auch kein gewöhnlicher Bevollmächtigter des Gläubigers; denn seine Bestellung erfolgt nicht ledig-

---

[43]) Hachenburg: Beiträge S. 160, Vorträge S. 608,

[44]) Planck: Bd III S. 711 Ziffer 7 b;
Fuchs: Bd. I, S. 615 Ziffer 32 b;
Oberneck: Bd. II S.431 Ziffer d;
Biermann: S. 414 Ziffer 3 b;
Turnau-Förster: Bd. I S. 826.

lich im Interesse des Gläubigers, sondern ebenso sehr im Interesse des Eigentümers, wie oben ausgeführt ist. Der Treuhänder wird zum Vertreter der Gläubiger bestellt, um deren Rechte im Interesse aller Beteiligten auszuüben. Der Vertreter hat eine von dem Willen des Eigentümers und der Gläubiger unabhängige vermöge der Eintragung im Grundbuch wirksame Rechtstellung; ihren Inhalt bestimmt das Gesetz. Die Stellung des Treuhänders gleicht rechtlich der des Testamentsvollstreckers, wenngleich auch nicht in allen Punkten eine vollkommene Uebereinstimmung vorhanden ist. Ueber die verschiedenen Ansichten vergl.: Staudinger: Bd. III S. 888 Ziffer VI; Planck: Bd. III S. 707 Ziffer 2; Fuchs: Bd. I S. 611 Ziffer 18 ff.; Oberneck: Bd. II S. 424 Ziffer 6 ff.; Biermann: S. 415 Ziffer 3 c; Endemann: Bd. II S. 873 Ziffer 4 a ff.; Predari: S. 592 Ziffer 3.